

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

TABLA DE CONTENIDO

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.
2. El Pacto Arbitral.
3. El trámite del proceso arbitral.
 - 3.1. La demanda arbitral:
 - 3.2. Designación del Árbitro
 - 3.3. Instalación y admisión de la demanda:
 - 3.4. Contestación de la demanda:
 - 3.5. Traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada.
 - 3.6. Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios
 - 3.7. Primera audiencia de trámite:
 - 3.8. Instrucción del proceso:
 - 3.8.1 Prueba documental:
 - 3.8.2. Interrogatorios de parte
 - 3.8.3. Testimonios:
 - 3.9. Cierre etapa Probatoria y fijación de fecha para Alegatos de Conclusión.
 - 3.10. Alegatos de Conclusión.
4. Término de Duración del Proceso.
5. Audiencia para proferir el Laudo Arbitral.
6. Presupuestos procesales y Nulidades sustanciales
 - 6.1. Demanda en forma.
 - 6.2. Competencia.
 - 6.3. Capacidad.
7. Partes Procesales y apoderados judiciales.
 - 7.1. Parte Convocante:
 - 7.2. Parte Convocada:
 - 7.3. Apoderados Judiciales:

B. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

1. Pretensiones de la parte Convocante.
2. Hechos de la Demanda.
3. Contestación de la demanda por la parte Convocada.

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

4. Planteamientos de las partes en sus Alegatos de Conclusión.

4.1 De la parte convocante.

4.2 De la parte Convocada.

C. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. El Medio De Control Procedente.

2. La Controversia Que Debe Resolver El Tribunal.

2.1 Lo Que Se Encuentra Probado En El Expediente

2.2 El Contrato Epc-O-044 De 21 De Junio De 2010.

2.3 Obras Adicionales Y Mayores Cantidades De Obra.

2.3.1 El Procedimiento Previsto En El Contrato Epc-O-044 De 2010 En Relación Con Las Mayores Cantidades De Obra

2.4. Obligaciones De Empresas Públicas De Cundinamarca S.A. E.S.P. Y De La Interventoría, Según Los Contratos Celebrados.

2.5 Buena Fe Y Prohibición De Ir Contra El Acto Propio

2.6 El Acta De Liquidación

2.7 Conclusiones

2.8 Pronunciamiento Frente A Las Excepciones

2.8.1 Cumplimiento Del Contrato

2.8.2 El Pago

2.8.3 Ausencia De Responsabilidad De Empresas Públicas De Cundinamarca S.A. E.S.P.

2.9 El Valor Que Deberá Reconocer Empresas Públicas De Cundinamarca S.A. E.S.P. A La Unión Temporal Fruticas Chipaqué

2.9.1 Valor De Las Mayores Cantidades De Obra

2.9.2 Los Intereses Moratorios

D. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

E. EL JURAMENTO ESTIMATORIO Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 206 DEL C.G.P.

F. RESUELVE

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

BOGOTÁ D.C. VEINTISIETE (27) DE JUNIO DE DOS MIL
DIECISIETE (2017)

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., vintisiete (27) de Junio de dos mil diecisiete (2017)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **LA UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010** como Parte Convocante y **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** como Parte Convocada, respecto de las controversias derivadas de la ejecución del Contrato de Obra N° EPC-O- 044 de fecha 21 de junio de 2010, previa referencia a los antecedentes del proceso.

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Obra celebrado el 21 de Junio de 2010, entre EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. Y LA UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 identificado con el Número EPC-O-044, el cual obra en fotocopia, en el Cuaderno de Pruebas N°1, a folios 1 a 45.

2. El Pacto Arbitral.

En el citado Contrato No EPC-O-044 del 21 de Junio de 2010, en su CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA las partes precisaron lo relacionado con la SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS y la CLÁUSULA COMPROMISORIA, en los siguientes términos:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y CLÁUSULA COMPROMISORIA. - Los conflictos que se sucedan dentro del desarrollo del objeto contractual se solucionarán mediante los mecanismos de conciliación y transacción establecidos por la normatividad vigente, y si estos llegaren a fracasar, a través de un tribunal de arbitramento que decidirá en

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

derecho y estará conformado por un árbitro único. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. "

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La demanda arbitral: El 17 de febrero de 2016, mediante Apoderado, LA UNION TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 presentó demanda contra las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. entidad descentralizada del orden departamental, y solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias surgidas con dicha entidad (folio 2 y siguientes del Cuaderno Principal No 1).

3.2. Designación del Árbitro: Según lo previsto en la ley, el árbitro fue designado de común acuerdo por las partes, tal como consta a folio 55 del Cuaderno Principal No 1.

3.3. Instalación y admisión de la demanda: De conformidad con el Acta No 1 que obra a Folio 147 del Cuaderno Principal No 1, el Tribunal se instaló debidamente el 3 de Junio de 2016, con la participación de la Señora Representante del Ministerio Público Doctora MIRIAM STELLA ORTIZ QUINTERO, sin la asistencia de la Parte Convocada, y se designó como Secretaria a la Doctora SANDRA RODRIGUEZ MORA, reconoció personería al Señor Apoderado de la Parte Convocante Doctor DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO, y al Señor Apoderado de la Parte Convocada Doctor ZAMIR HERNÁN SILVA ZABALA quien había allegado al expediente el poder correspondiente, admitió la demanda presentada por LA UNION TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 y ordenó las correspondientes notificaciones de ley.

El 23 de junio de 2016 se posesionó como Secretaria del Tribunal la doctora Sandra Rodríguez Mora (folio 153 del Cuaderno Principal No 1)

El 2 de septiembre de 2016 se procedió a notificar a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, quien en respuesta de fecha 7 de septiembre de 2016, informo que la

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

agencia solamente interviene cuando se trate de procesos donde se encuentran involucrados intereses litigiosos de la Nación (foio 198 y siguientes del Cuaderno Principal No 1)

Según el Informe Secretarial respectivo, el veinticuatro (24) de junio de dos mil dieciséis (2016) se procedió a efectuar por la Secretaría del Tribunal la notificación de la demanda a la Parte Convocada, a los correos electrónicos hernan.silva@epc.com.co y juridica@epc.com.co, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 612 del Código General del Proceso, sin embargo, nunca se obtuvo confirmación del recibido del correo electrónico como lo dispone el artículo mencionado¹, razón por la cual se procedió a efectuar la notificación personal de que trata el artículo 291 del Código General del Proceso, la citación fue recibida en la entidad el siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016), sin embargo, el Señor Apoderado de la Entidad Convocada tampoco compareció a notificarse personalmente, siendo necesario proceder a realizar la notificación por aviso en virtud de lo dispuesto por el artículo 292 del Código General del Proceso, el cual fue recibido en la entidad el veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016), según consta en el expediente.

3.4. Contestación de la demanda: Mediante correo electrónico, enviado el 12 de septiembre de 2016 por el Doctor Fabio S. Pardo Parrado, profesional de apoyo de la Dirección Jurídica de la entidad convocada y, tal como afirma, por instrucción directa del Director Jurídico de la misma, se recibió el memorial contentivo de la contestación de la demanda, en el cual solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito el cumplimiento del contrato, el pago, la ausencia de responsabilidad de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. y la Excepción Genérica. (Folio 200 del Cuaderno principal No 1)

3.5. Traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada. Mediante el Auto No 3 del 14 de septiembre de 2016, el Tribunal resolvió tener por contestada la demanda arbitral, ordenó el traslado de las excepciones de mérito

¹ Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente.

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

propuestas por la entidad Convocada en la contestación de la demanda y fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de conciliación.

El 22 de septiembre de 2016, el señor Apoderado de la parte convocante recorrió el traslado de las excepciones propuestas.

3.6. Audiencia de Conciliación y fijación de gastos y honorarios: El 29 de Septiembre de 2016 se inició la audiencia de conciliación y al concederse el uso de la palabra a las partes, el señor Apoderado de la parte convocada informó al Tribunal que la posible conciliación no había sido sometida al conocimiento del Comité de Conciliación de la entidad convocada tal como lo ordena la ley, a pesar de que la audiencia se había fijado con suficiente anticipación, y solicitó que se fijara una nueva fecha para realizarla, a lo cual no se opuso el señor Apoderado de la parte convocante. (Acta No 4, Folio 229 del Cuaderno Principal No 1)

El 2 de Noviembre de 2016 fecha fijada para el efecto, se reanuda la audiencia de conciliación, según consta en el Acta No 5 que obra a Folio 232 del Cuaderno Principal No 1 y en dicha audiencia el señor Apoderado de la Parte convocada informó que el Comité de Conciliación de la entidad encontró que “... *no había claridad suficiente ni los soportes necesarios para avalar una propuesta conciliatoria, esencialmente porque no coinciden las pretensiones de la demanda con la propuesta de conciliación presentada a la entidad, lo que no quiere decir que más adelante pueda volver a estudiar el asunto.*” y que el Comité estuvo en desacuerdo con las pretensiones de intereses e indexación de las pretensiones de la demanda.

En esta audiencia se hizo presente el doctor JHON ÁLVARO VELASCO ACOSTA identificado con CC No 18.390.529, Procurador Judicial II Procuraduría 136 Judicial II Administrativa de Bogotá.

El señor representante del Ministerio Público manifestó que se debía aplazar la audiencia para que el Comité de Conciliación se pronunciara de manera precisa sobre los motivos por los cuales, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca improbo la conciliación.

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Las partes manifestaron su intención de que se suspendiera la audiencia a lo cual accedió el Tribunal, para continuarla el 21 de noviembre de 2016, fecha en la cual se reanudó la audiencia de conciliación y el Señor Apoderado de la Parte Convocada informó que el Comité de Conciliación no había aprobado la conciliación sometida a su consideración.

El Tribunal declaró fallida la conciliación y, de conformidad con la ley, ordenó continuar con el trámite arbitral, precisó la cuantía del proceso, fijó los honorarios del Arbitro Único y de la Secretaria del Tribunal, así como el valor de los gastos del proceso, los cuales fueron pagados en su totalidad por la parte convocante, en el término previsto para tal efecto por el ordenamiento jurídico.

3.7. Primera audiencia de trámite: Según consta en el Acta N°7, Folio 247 Cuaderno Principal No 1, el 15 de diciembre de 2016 se surtió la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal asumió competencia, fijó el término de duración del proceso, ordenó continuar el proceso y profirió el auto de decreto de pruebas.

3.8. Instrucción del proceso:

3.8.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes, en los respectivos momentos procesales.

3.8.2. Interrogatorios de parte: por haber sido solicitado por la parte convocada se decretó el interrogatorio de parte del Representante Legal de la firma convocante, el cual se realizó el 17 de enero de 2017, fecha en que se recibió la declaración del Señor GUILLERMO DIAZ GARZON, quien actualmente es el representante legal según consta en el Acta No 8, Folios 25 del Cuaderno Principal No 1.

3.8.3. Testimonios: Fueron recibidos los testimonios de:

MARIO ANIBAL VITOLA DE LA ROSA, representante legal de la firma Consocio Aguas de Cundinamarca 2011 (Acta No 10 de 31 de enero de 2017, Folio 270 del Cuaderno

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Principal No 1). Este testimonio fue decretado de oficio por el Tribunal, ante el desistimiento de la prueba presentado por Parte la Convocante.

JACKELINE MENESES OLARTE, quien desempeñaba el cargo de Subgerente Técnico de Empresas Públicas de Cundinamarca, S.A. E.S.P. (Acta No 10 de 31 de enero de 2017, Folio 271 del Cuaderno Principal No 1)

El Señor Apoderado de la Parte Convocada desistió de la prueba testimonial del señor HENRY O. QUINTERO JIMÉNEZ quien se desempeñaba como Director de Interventoría de las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P., desistimiento que fue aceptado por el Tribunal.

El Señor Representante del Ministerio Público solicitó que se decretara como prueba la declaración del señor Representante Legal de la parte Convocante cuando se celebró, ejecutó y liquidó el Contrato objeto de la controversia arbitral, petición que fue aceptada por el Tribunal y decretó de oficio la declaración del Ingeniero JAIRO ORLANDO JIMENEZ ALVÁREZ, la cual fue recibida el 15 de marzo de 2017 según Acta No 13 de dicha fecha, Folio 283 del Cuaderno Principal No 1.

El Tribunal, de oficio, decretó el testimonio de MARIA DEL PILAR TRUJILLO quien fue designada por la entidad convocada para la liquidación del Contrato EPC-O-044-2010, según consta en el Acta de Liquidación. Y fue recibido según consta en el acta No 15 Folio 299 del Cuaderno Principal No 1.

Por último, luego de negar la solicitud de nuevas pruebas, hecha por el Apoderado de la Parte Convocada, (un dictamen pericial y la documental con todos los antecedentes del Contrato que da origen a la presente controversia) en razón de la extemporaneidad de su solicitud, el Tribunal decretó de oficio y a cargo de la entidad convocada, el aporte de los documentos contractuales en donde conste la ejecución contractual y la liquidación del Contrato EPC-O-044-2010.

De las transcripciones de las pruebas anteriores se entregó copia magnetofonica a las partes.

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

3.9. Cierre etapa Probatoria y fijación de fecha para Alegatos de Conclusión. Por haberse practicado la totalidad de las pruebas, mediante auto proferido el 26 de abril de 2017 (Acta No 16, folio 308 del Cuaderno Principal No 1), se decretó el cierre de la etapa probatoria, respecto de lo cual, las partes guardaron silencio y se fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

3.10. Alegatos de Conclusión. En sesión realizada el 23 de mayo de 2017 (Acta No 17 folio 313 del Cuaderno Principal No 1), se realizó la audiencia de alegatos en la cual los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron por escrito un resumen de los mismos los cuales forman parte del Expediente (Folios 317 y siguientes del Cuaderno Principal).

El Ministerio Público no se hizo presente ni presentó sus alegatos de conclusión.

4. Término de Duración del Proceso. Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la ley 1563 de 2012.

La primera audiencia de trámite se inició y finalizó el 15 de diciembre de 2016 (Acta N°7 Folio 247 del Cuaderno Principia No 1).

Por solicitud de las partes el proceso se suspendió durante las siguientes fechas:

Entre el 27 de marzo de 2017 al 17 de abril de 2017, ambas fechas inclusive.

Entre el 27 de abril de 2017 al 22 de mayo de 2017, ambas fechas inclusive.

Entre el 24 de mayo de 2017 al 13 de junio de 2017, ambas fechas inclusive.

En total el proceso se ha suspendido durante 38 días hábiles, con lo cual el término se extiende hasta el 15 agosto de 2017, por tanto, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

5. Audiencia para proferir el Laudo Arbitral. La fecha para la audiencia para proferir el laudo se fijó mediante el auto proferido por el Tribunal el día 23 de mayo de 2017, para el día 12 de junio de 2017, posteriormente mediante Auto del 14 de junio de 2017 se fijó fecha para el 27 de junio de 2017.

6. Presupuestos procesales y Nulidades sustanciales. El Tribunal considera que se han cumplido los presupuestos procesales exigidos para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad y por ello procede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. Lo anterior, en cuanto de conformidad con los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, se estableció:

6.1. Demanda en forma. La demanda presentada por la parte convocante, cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso y normas concordantes y por ello fue admitida y se le dio trámite.

6.2. Competencia. En los términos precisados en la providencia proferida el 15 de diciembre de 2016, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de este proceso.

6.3. Capacidad. Las Partes Convocante y Convocada son sujetos capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir de conformidad con los documentos que obran en el expediente, sin que exista restricción al respecto; las controversias surgidas entre ellas están sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal de Arbitramento, son susceptibles de definirse mediante arbitraje y además por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados debidamente constituidos y reconocidos.

7. Partes Procesales y apoderados judiciales.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

7.1. Parte Convocante: La UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010, debidamente constituida mediante documento privado suscrito el 29 de marzo de 2010, conformada por METALURGICA CONSTRUCOL COLOMBIA S.A. –METACOLNIT. 830.023.458-1; INGENIEROS CIVILES Y SANITARIOS ASOCIADOS -INCSAS LIMITADA-, NIT. 860.001.985-4 y HECTOR TIBERIO VALENCIA SANCHEZ, con cédula de ciudadanía No. 13.892.891 de Barrancabermeja, representada legalmente por el señor JAIRO ORLANDO JIMENEZ ALVAREZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.217.190 de Bogotá, conforme se determina en la cláusula QUINTA del correspondiente documento privado de constitución, en la actualidad respresentada legalmente por el señor GUILLERMO DÍAZ GARZÓN.

7.2. Parte Convocada: La Entidad EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., NIT. 900.222.346-0, entidad descentralizada del orden departamental, autorizada por Ordenanza No. 04 de 2008 de la Asamblea Departamental de Cundinamarca, constituida por Escritura Pública No. 2069 del 19 de mayo de 2008 otorgada en la Notaría 28 del Círculo Notarial de Bogotá, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, representada legalmente por la Doctora JUANA ANGELA LAVERDE CASTAÑEDA, o quien haga sus veces.

7.3. Apoderados Judiciales: Por tratarse de un arbitraje en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados a quienes se les reconoció personería en los términos de los mandatos a ellos conferidos.

B. CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA.

1.Pretensiones de la parte Convocante. La Parte Convocante en su memorial de demanda, precisa sus pretensiones así:

"...PRIMERA: Se condene a la Entidad **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** y en favor de la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010**, al pago de la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 CENTAVOS (\$384.275.841,74) M/CTE, suma que corresponde a las mayores cantidades de obra ejecutadas por ésta, autorizadas previamente y recibidas de conformidad por la firma Interventora CONSORCIO AGUAS DE CUNDINAMARCA 2011 y EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P, todo lo cual se expresó en Acta de Recibo Final de Obra y en el Acta de Liquidación del Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010.

“SEGUNDA: Se condene a la Entidad **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** y en favor de la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010**, al pago de los intereses moratorios causados sobre la suma insoluta, a la máxima tasa permitida por la ley, desde la fecha de la liquidación bilateral del Contrato, esto es, desde el 18 de diciembre de 2014, hasta la fecha en que sea pagada en su totalidad y a satisfacción la obligación de que trata la anterior pretensión.

“TERCERA: Se condene en costas del presente trámite arbitral a la convocada **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P “...”**

2.2. Hechos de la Demanda. Como fundamento de sus pretensiones, la parte convocante precisa los siguientes hechos:

“...”1. El día 21 de junio de 2010, las EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA–, S.A. E.S.P., NIT. 900.222.346-0, como contratante y la UNION TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010, como Contratista, suscribieron el Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010, cuyo objeto lo constituyó la construcción en favor de la Contratante, mediante el sistema de precios unitarios fijos, del Acueducto Regional Fruticas Municipios de Chipaque y Cáqueza Fase IV, de acuerdo con las cantidades de obra aproximadas y los precios pactados en la cláusula tercera del respectivo texto contractual.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

"2. El plazo de ejecución inicial estipulado fue de ocho (8) meses comprendido entre el siete (7) de septiembre de 2010 y el siete (7) de mayo de 2011.

"3. El valor inicial del Contrato de obra No. EPC-O-044-2010 se pactó en la suma de CUATRO MIL DOSCIENTOS DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUATRO MIL OCHENTA Y TRES PESOS (\$4.216.404.083,00) M/CTE, valor que se pagaría el noventa por ciento (90%) mediante actas parciales y el diez por ciento (10%) una vez suscrita el Acta de Liquidación del contrato.

"4. El 30 de diciembre de 2011, las partes procedieron a suscribir la Adición No. 1 al Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010, por la suma de DOS MIL CIENTO NOVENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$2.192.470.925,00) M/CTE, por lo que el valor total del mismo se constituyó en la suma de SEIS MIL CUATROCIENTOS OCHO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHO PESOS (\$6.408.875.008) M/cte.

"5. El Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010 dispuso de cinco (5) prórrogas y nueve (9) suspensiones, lo que determinó que la fecha de terminación final del Contrato se extendiese en el tiempo hasta el dos (2) de marzo de 2014.

"6. Cumplidas a satisfacción por el Contratista UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010, las obligaciones derivadas del vínculo contractual constituido a través del Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010, se procedió a suscribir el Acta de Recibo Final de Obra con fecha 08 de mayo de 2014, en la cual se declara recibido a satisfacción el objeto contractual por las partes intervinientes, dejándose constancia de la existencia de un saldo en favor del contratista UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010, por valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 (\$384.275.841,74) M/CTE correspondiente a mayores cantidades de obra

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

autorizadas previamente y luego recibidas de conformidad por la Interventoría CONSORCIO AGUAS DE CUNDINAMARCA 2011, Empresa contratada por Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, obras necesarias y urgentes para lograr y alcanzar el buen desarrollo de las diferentes actividades inherentes al objeto contractual, tal como se evidencia con la firma del Director de Interventoría MARIO ANIBAL VITOLA DE LA ROSA en el texto de la mencionada acta.

“7. Recibidas las obras a satisfacción, procedieron las partes a liquidar bilateralmente el Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010, como consta en el Acta de Liquidación de fecha 18 de diciembre de 2014, en donde al efectuar el balance financiero del contrato, se dejó explícita constancia de que el contratista UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010, había ejecutado a satisfacción unas mayores cantidades de obra por valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 (\$384.275.841,74) M/CTE, suma respecto de la cual las partes NO se declararon a paz y salvo, conviniendo éstas someter tal pago, de manera conjunta, al conocimiento y aprobación de la Procuraduría General de la Nación, mediante conciliación prejudicial.

“8. Mediante escrito radicado el 30 de abril de 2014 bajo el No. 146421, las partes solicitaron ante la Procuraduría Delegada en Asuntos Administrativos de la Procuraduría General de la Nación, correspondiéndole el asunto a la Procuraduría 5ª Judicial II para Asuntos Administrativos, despacho que fijó como fecha y hora para adelantar la diligencia de conciliación prejudicial, el 21 de julio de 2015 a partir de las 14:30 horas.

“9. En la fecha y hora señaladas por la Procuraduría 5ª Judicial II para Asuntos Administrativos se llevó a cabo la diligencia de conciliación prejudicial, en donde el apoderado de la parte convocada, EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA–, S.A. E.S.P., dejó expresa constancia que en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010,

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

“con el aval de la Interventoría, esto es, el Consorcio de Aguas de Cundinamarca 2011, la Subgerencia Técnica y la Dirección de Interventoría de Empresas Públicas de Cundinamarca, así como de la Ingeniera designada para la liquidación del contrato, se estableció claramente la existencia la existencia de una suma que fue señalada anteriormente que debía ser objeto del presente trámite conciliatorio”, proponiendo como fórmula conciliatoria el reconocimiento y pago de la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 (\$384.275.841,74) M/CTE, correspondiente a las mayores cantidades de obra autorizadas previamente por el Interventor y recibidas de conformidad por éste, suma a ser pagada dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de homologación del acuerdo conciliatorio.

“10. El acuerdo conciliatorio fue aprobado por la señora Procuradora Quinta Judicial II para Asuntos Administrativos, como consta en Acta No. 227-2015, de fecha 21 de julio de 2015, por considerar que el acuerdo conciliatorio al que llegaron las partes, contenía obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al monto de la obligación, al tiempo, modo y lugar de pago, obligándose la Entidad Pública a pagar a la Unión Temporal el valor en mención correspondiente a las mayores cantidades de obra ejecutadas por ésta, por tratarse de un contrato de obra a precios unitarios fijos y la cantidad de obra al momento de contratar constituida un monto estimado, encontrándose certificado por el Interventor la ejecución de las mayores cantidades de obra por el valor conciliado.

“11. El trámite conciliatorio extrajudicial junto con el Acta No. 227-2015, fue remitido al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para su aprobación, corporación judicial que mediante Auto de fecha ocho (08) de octubre de 2015, IMPROBO el acuerdo conciliatorio al que habían llegado las partes, por considerar que no aparecía demostrada la autorización previa del Interventor para el ejercicio de las obras adicionales objeto del mismo.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

“12. Ante la IMPROBACION del acuerdo conciliatorio por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y la evidencia probatoria existente sobre la acreencia a cargo de la demandada EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA-, S.A. E.S.P., en favor de la demandante UNION TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010, por la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 (\$384.275.841,74) M/CTE, correspondiente a las mayores cantidades de obra autorizadas previamente por el Interventor y recibidas de conformidad por éste, se entiende que adquiere plena competencia el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, para proceder a instaurar el tribunal de arbitramento, según los términos pactados en la cláusula vigésima segunda del Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010 y de acuerdo a la presente demanda arbitral que se instaura.

“13. La suma cuyo pago constituye la principal pretensión demandatoria, tiene entre sus análisis de justificación y legitimación, el Concepto Jurídico emitido por la Jurista Susana Montes, que corresponde al objeto del Contrato No. EPC-PS-218-2013 suscrito entre EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P., como contratante y SELFINVER ABOGADOS SAS., como contratista, al cual acudió la demandada para obtener absoluta claridad sobre la viabilidad jurídica del pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el Contratista, previa autorización y posterior recibo de conformidad por parte del Interventor...”

3.Contestación de la demanda por la parte Convocada.

Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. mediante Apoderado, respondió la demanda, propuso las excepciones de cumplimiento del contrato, pago y la ausencia de responsabilidad de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. y solicitó al Tribunal de Arbitramento denegar las pretensiones de la parte convocante, por cuanto no está comprobado que para la ejecución de las mencionadas obras se hubiere contado con la “previa revisión y aprobación por la interventoría y EPC S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

E.S.P., como lo exige la CLAUSULA TERCERA del Contrato EPC-O-044 celebrado entre UNION TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 y las Empresas Públicas de Cundinamarca, E.S.P.

Igualmente afirmó, la parte Convocada, que no existió ninguna responsabilidad imputable a EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A.E.S.P. de conformidad con los términos del Contrato ya citado.

Al sustentar sus pretensiones y excepciones menciona como fundamentos fácticos y jurídicos que la convocante no hizo solicitud alguna que justificara la ejecución de las mencionadas obras y las realizó sin tener el aval de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. o de su interventor, y tampoco fueron objeto de un acuerdo expreso entre las partes, razón por la cual no es procedente que ahora pretenda un reconocimiento y pago de esas "obras adicionales."

Anota que en el proceso la parte convocante no ha probado que efectivamente en la ejecución del Contrato se requirieron mayores cantidades de obra, no se allegó justificación de que la ejecución de las mencionadas obras era necesaria para la ejecución del Contrato y para garantizar la funcionalidad y estabilidad de la obra.

Precisa que no está probado la necesidad de las obras adicionales cuyo pago ahora reclama ni el aval de la parte convocada para su ejecución.

Afirma que el concepto jurídico, elaborado por la firma SELFINVER ABOGADOS S.A.S., invocado por la convocada no es vinculante y no tiene ningún efecto jurídico directo en el tema que ahora se discute, ya que era un simple elemento de información o criterio de orientación.

Considera que no hay prueba, ni siquiera sumaria de que el interventor hubiera hecho alguna solicitud a las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. a fin de avalar las obras en cuestión.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Y finalmente al referirse a las excepciones propuestas precisa que de acuerdo con el Acta de Liquidación está probado que la entidad convocada cumplió con sus obligaciones contractuales y que las observaciones al acta liquidatoria son originadas en la omisión de la parte convocante del trámite previsto para la ejecución de obras adicionales o complementarias.

4. Planteamientos de las partes en sus Alegatos de Conclusión.

4.1 De la parte convocante.

- En sus alegatos de conclusión, la parte convocante se refiere en primer término al Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Obra No EPC.O-044-2010 en la cual consta el Balance Financiero del mencionado Contrato, en el cual se incluyó, por las partes, el valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 CENTAVOS (\$384.275.841,74) por mayores cantidades de obra ejecutadas en desarrollo del objeto contractual.

Anota que dicha suma también fue incluida en dicha Acta de Liquidación Bilateral, en el aparte titulado OBSERVACIONES y que *"las partes dejaron constancia que en el Informe Final de Interventoría se consignó un valor correspondiente a mayores cantidades de obra **ejecutadas y avaladas** por la firma Interventora CONSORCIO AGUAS DE CUNDINAMARCA 2011, por el valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 CENTAVOS (\$ 384.275.841.74) M/CTE y que tal diferencia sería plasmada en **un acuerdo entre las partes** y sometida a conocimiento de la Procuraduría general de la Nación , mediante solicitud conjunta de conciliación."* (Subrayas del original)

Precisa que en el Numeral 3) del Acuerdo , las partes manifestaron que respecto a la suma discutida de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 CENTAVOS (\$ 384.275.841.74) M/CTE *"...consignado en el Informe Final de*

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

*Interventoría, **correspondiente a mayores cantidades de obra ejecutadas y avaladas**, la diferencia sería plasmada en un **acuerdo entre las partes** y sometida a conocimiento de la Procuraduría General de la Nación mediante solicitud conjunta de conciliación.” (Subrayas del original)*

Luego afirma textualmente que:

*“A folios 21 a 34 del expediente, obra copia de la solicitud que en desarrollo de lo acordado en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010, de fecha diciembre 18 de 2014, de común acuerdo presentaron las partes ante la Procuraduría General de la Nación, escrito de solicitud conjunta suscrito por los Doctores DAGOBERTO BAQUERO BAQUERO, en representación de la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010** y JUAN GUILLERMO HERRERA LUNA, representación de las **EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.**, en donde expresamente solicitan:*

*“PRIMERA: Que por intermedio de su despacho se fije fecha y hora para llevar a cabo audiencia de conciliación prejudicial con el propósito de llegar a un acuerdo definitivo entre la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010** y **EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.**, respecto a las siguientes situaciones:*

- 1. **El pago derivado de la celebración, ejecución, terminación, recibo a satisfacción por la Interventoría y la Entidad Contratante del Contrato de Obra No. EPC-O-044-2010; según Acta de Liquidación bilateral y de común acuerdo suscrita el día 18 de diciembre de 2014.** (Resaltado y subrayado son propios)*
- 2. De conformidad con al Acta de Liquidación quedó establecido el ánimo de llegar a un acuerdo entre las partes respecto del valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 CENTAVOS (\$384.275.841,74) M/CTE, correspondiente a mayores*

TRIBUNAL ARBITRAL

**UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.**

cantidades de obra ejecutadas y avaladas por la Interventoría contratada, tal como se desprende del mencionado acto de liquidación”.

Y a continuación se refiere a la Sentencia el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, con Ponencia del H, Magistrado DANILO ROJAS BETANCOURTH, en sentencia de fecha veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012), con radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371), en ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES, para afirmar que cuando se suscribe el Acta de Liquidación de común acuerdo, esta constituye un negocio jurídico contentivo de la voluntad de las partes que, por tanto, sólo puede ser invalidado por algún vicio del consentimiento y en caso contrario conserva su fuerza vinculante, lo que en principio impide la prosperidad de pretensiones que desconozcan su contenido por cuanto ello implicaría ir en contra de los propios actos y desconocer una manifestación de voluntad previamente efectuada, tal como lo dijo el Consejo de Estado.

Cita luego el testimonio de la Ingeniera MARIA DEL PILAR TRUJILLO RUIZ quien afirmó que no evidencio conducta alguna constitutiva de vicio de consentimiento de ninguno de los firmantes del acta de la liquidación bilateral del Contrato, en su calidad de gestora de la dicha liquidación y como supervisora del mismo.

-Se refiere luego a las PRETENSIONES DE LA DEMANDA y afirma que dichas pretensiones no versan sobre reconocimiento de mayores cantidades de obra, sino sobre el pago de las mismas, por encontrarse expresamente reconocidas en el Informe Final de Interventoría y en el Acta de Liquidación Bilateral del Contrato.

- Luego analiza cada una de las cuatro Excepciones de Mérito propuestas por la parte convocada, en relación con lo probado en el proceso, y concluye que no puede prosperar ninguna de dichas Excepciones, por cuanto está probado en el proceso, a través de las declaraciones de los testigos y por la prueba documental aportada que tanto la parte convocada, como la interventoría estuvieron de acuerdo en que se habían ejecutado mayores cantidades de obra por el valor ahora cuestionado, que dicho valor se acordaría mediante una conciliación entre las partes que debería ser

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

aprobada por la Procuraduría General de la Nación y que respecto de dichas obras adicionales se habían cumplido lo exigido en la Cláusula Tercera del Contrato invocada por la parte convocada es decir, la autorización del interventor, el visto bueno del funcionario competente de las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. y la disponibilidad presupuestal tal como lo afirmó expresamente el testigo JAIRO ORLANDO JIMÉNEZ ÁLVAREZ.

Igualmente se refiere que las diferentes Actas de Recibo Parcial de Obra que obran en el Expediente, en las cuales se iba consignando el avance total de las obras están firmadas por la Interventoría y por los funcionarios de la entidad convocada. Se refiere de manera especial al Acta de Mayores Cantidades de Obra y No previstos N° 001 del 9 de marzo de 2011, en la cual se relacionan mayores cantidades de obra por valor de \$ 136.037.643.40, también firmada por la Interventoría y por los funcionarios de la entidad convocada.

Hace énfasis en el Acta de Recibo Final de obra del 21 de febrero de 2013, también firmada por el Interventor y los funcionarios de la entidad convocada.

Igualmente menciona el Informe Final de Interventoría en el cual el representante legal de la firma Interventora en el cual el Ingeniero MARIO ANIBAL VITOLA dejó la siguiente constancia: "**MAYORES CANTIDADES DE OBRA:** Como resultado de la ejecución del contrato se efectuaron mayores cantidades de obra por valor de \$384.275.841,78, los cuales exceden el valor total del contrato y su adición. El detalle de las mayores cantidades se incluye en el acta de pago final al contratista. La ejecución de estas actividades fue necesaria durante la construcción de la obra e indispensable para garantizar el cumplimiento del objeto contractual, y para asegurar la estabilidad y funcionalidad de la infraestructura construida." (Resaltado y subrayado no son del texto)

En cuanto a la excepción de Pago, la parte Convocante, afirma que, en el Acta de Liquidación, expresamente, se precisa el valor de las mayores cantidades de obra, que no se había cancelado y respecto del cual se acordó que sería objeto de un trámite de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, por cuanto las

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

obras habían sido recibidas de conformidad por la Interventoría, autorizadas por la entidad Convocada y con la disponibilidad presupuestal para hacer el pago.

Y en cuanto a la excepción de Ausencia de Responsabilidad de las Empresas Públicas de Cundinamarca se remite a los argumentos planteados en relación con la primera excepción, por cuanto todo lo allí precisado resulta suficiente para que esta última excepción no prospere con fundamento en los mismos argumentos y pruebas ya comentados.

Por último, precisa la diferencia entre los conceptos de mayores cantidades de obra y contrato adicional, e invoca Jurisprudencia del Consejo de Estado al respecto, para concluir que en el caso de autos está aceptado por las partes que no se trataba de obras adicionales que debieran tramitarse a través de un contrato adicional, sino de mayores cantidades de obra para cuyo reconocimiento no se requiere la celebración de contratos adicionales.

Y concluye la parte Convocante que deben prosperar las pretensiones de la demanda, por estar probados los argumentos propuestos en sustento de sus pretensiones, como son la ejecución de obras adicionales, las cuales fueron autorizadas previamente y recibidas de conformidad por el Interventor y por ello se incluyeron en el Acta de Recibo Final de Obra del 8 de mayo de 2014 y en el Informe Final de Interventoría, y fueron también aprobadas por las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. tal como consta en las Actas de Recibo Parcial de Obras y también fue incluida en el Acta de Liquidación Bilateral de la Obra. Y por último está probado que el valor de dichas obras adicionales no ha sido reconocido al Consorcio Contratista. Y por lo tanto se debe dar prosperidad a las pretensiones de la demanda.

4.2 De la parte Convocada.

-La parte convocada en su alegato de conclusión se refiere, en primer término, a que lo acordado en el Acta de Recibo de Obras con fecha anterior a la de Liquidación Final del Contrato, “... *apenas hace constar por quienes en ella intervienen, la*

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

existencia física de unas actividades con mayor alcance al inicialmente convenido entre las partes del Contrato EPC-O-044 del 2010 y que económicamente se cuantifican; y que " el pago de éstas mayores cantidades, está sujeta (sic) no sólo al acuerdo ante el ministerio Público, sino que el mismo sea homologado por la autoridad judicial competente."

Y afirma que, por lo anterior, nunca surgió una obligación a plazo, y no se reconoció un derecho en firme, sino por el contrario, una mera expectativa o derecho eventual, pues existió incertidumbre respecto a si la prestación llegaba a ser exigible. es decir se trata de una obligación condicionada a por una condición suspensiva válida al momento de su constitución.

Y concluye que por lo tanto se reabre el debate en torno a la admisibilidad o no del rompimiento del equilibrio económico del Contrato de Obra EPC.O-044-2010.

-Luego se refiere a la Buena Fe Contractual y transcribe el Parágrafo Primero de la Cláusula Tercera del Contrato en el cual se establece el trámite que debía cumplirse para todas las modificaciones del Contrato que llegasen a alterar el presupuesto, las cuales debían ser aprobadas por las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A.E.S.P., previa solicitud, aval y soportes de la interventoría. Y lo anterior era conocido para la parte convocante desde la etapa previa a la adjudicación del Contrato en el sentido de que "... *debía agotar ante la eventual situación de aumento, disminución o variación de las cantidades de obra inicialmente pactadas con mi prohijada, más aún cuando la fórmula económica del Contrato de Obra EPC-O-044-2010 se planteó en forma clara e inequívoca (...) mediante el sistema de precios unitarios, sin fórmula de reajuste.*"

Afirma que "el contrato es ley para las partes, generadora de obligaciones que no puede ser invalidada sino por mutuo consentimiento o por causas legales y ejecutarse de buena fe, según lo pactado, la naturaleza de la obligación o lo que por ley le pertenezca (arts. 1602 y 1603 C.C.)

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Cita los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil para reafirmar que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe.

Y sobre el tema concluye luego que el Contratista, antes de ejecutar cualquier mayor cantidad de obra u obra adicional ha debido cumplir el trámite establecido en el párrafo citado de la Clausula Tercera del Contrato celebrado entre las partes.

Se refiere finalmente en este tema al Estatuto Único de Contratación Pública el cual "exige determinadas solemnidades previo a la ejecución de cantidades adicionales al contrato".

-El siguiente aparte del Alegato de Conclusión se refiere al tema de "OBRAS ADICIONALES O MAYORES CANTIDADES DE OBRA DEBEN SER AUTORIZADAS POR LA ENTIDAD CONTRATANTE" y comienza su desarrollo con la afirmación siguiente: "La entidad pública demanda (sic) pone de presente la inexistencia de un acuerdo entre las partes sobre las mayores cantidades de obra".

En este sentido insiste en que se encuentra demostrado que el Contrato celebrado entre las partes, a pesar de que fue adicionado no comprende las obras adicionales o mayores cantidades de obra cuyo pago se demanda en el proceso, razón por la cual, el contratista "... no podía dar por establecida la adición de valor o su modificación y así mismo proceder a ejecutar obras por encima del valor convenido..."

Considera que es responsabilidad de la entidad pública ordenar las modificaciones necesarias para responder por la buena ejecución de los trabajos y el logro del fin perseguido con la contratación pues de lo contrario incurriría en responsabilidad por omisión, pues iría en contra de lo previsto en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993. Y agrega, textualmente, que "...si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la creación de nuevos ítems del Contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un Contrato adicional; si ellas solo exigen modificaciones de diseño o de cantidades de obra simplemente, no será necesario suscribir un Contrato adicional y bastará,

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

entonces, el acuerdo entre las partes, por escrito y en cabeza de quien legalmente corresponda por ministerio de la ley o de acuerdo a lo pactado por los sujetos contractuales.”

Luego se refiere al certificado de existencia y representación legal de las EMPRESAS PUBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. para precisar que el representante legal es su GERENTE, y se refiere a sus atribuciones para afirmar que el Gerente es el único legalmente capaz de comprometer presupuestalmente a la entidad y por ende para ordenar el gasto, así como para pactar acuerdos, negocios o Contratos, lo que implica la inoponibilidad de las ordenes que dijo recibir el representante legal de la entidad contratista, de quien actuaba como interventor del Contrato.

Afirma que no hay prueba en el proceso de que el representante legal de la entidad pública o por quien él hubiere autorizado diera aprobación a esos trabajos.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con las facultades del Interventor, según la cual su función es la realizar la “verificación y el control de la ejecución del objeto contractual, de ahí que sus labores no pueden llegar al extremo de representar a la entidad como parte contratante” y por ello “ no le está dado al interventor introducir modificación alguna al contrato sobre el cual ejerce su función, puesto que esa materia es del resorte exclusivo de las partes del contrato...”

Reitera que en el expediente no hay prueba de la autorización dada por la entidad contratante para realizar las “presuntas mayores cantidades de obra que se tratan...”

Insiste en que, de lo afirmado en el Acta de Liquidación del Contrato objeto de la controversia, en cuanto se deja constancia de que en el Informe Final de la Interventoría se hace referencia a mayores cantidades de obra ejecutadas y avaladas por la firma interventora “...no es posible concluir ni el recibo a satisfacción de los trabajos, ni mucho menos en forma inequívoca que existe una orden en cuanto a su consecución.”

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Agrega que las partes pactaron un procedimiento administrativo para toda modificación que llegase a alterar el presupuesto inicial lo cual “inadmite que, sin reparo, LA UNION TEMPORAL por su cuenta y riesgo hubiese ejecutado actividades que pretende hacer valer hoy ante ésta jurisdicción.”

Vuelve a mencionar la jurisprudencia del Consejo de Estado para afirmar que solo procede la condena de la entidad al pago de las obras ejecutadas por fuera de lo expresamente pactado en el contrato, tal como sucede con las mayores cantidades de obra, cuando “..su construcción no haya obedecido a la simple iniciativa autónoma del contratista pues él esta obligado por los términos del negocio jurídico celebrado con la administración y sólo debe realizar las obras en la cantidad y clase allí estipulados, salvo que de común acuerdo y en forma expresa, las partes hayan dispuesto la realización de mayores cantidades de obra u obras adicionales o que la entidad en ejercicio de su facultad de modificación unilateral, así lo hubiese decidido...”

Por último, la parte convocada en su alegato de conclusión incluye un aparte titulado EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO, para referirse a que el “Tribunal Arbitral podría precisar que la convocante hace referencia a un supuesto desequilibrio económico del contrato el cual consiste en la existencia de obras adicionales o mayores cantidades de obra.” Y cita varias sentencias del Consejo de Estado sobre el tema y concluye que le corresponde al demandante “llevar al Juez a la convicción de que, de acuerdo con su ejecución contractual, afrontó un desequilibrio económico que no estaba obligado a soportar.”

Agrega un aparte titulado “OTROS APUNTES” para referirse al Concepto emitido por la jurista Susana Montes, sobre la viabilidad jurídica del pago solicitado respecto del cual afirma que no tiene carácter vinculante y reitera los argumentos propuestos al responder la demanda y sustentar las excepciones de fondo que propuso.

Solicita que se desestimen todas las pretensiones de la demanda, se condene en costas a la parte convocante y se exonere de toda responsabilidad económica a las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

C. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal Arbitral a proferir el Laudo que resuelva la controversia cuyos antecedentes se precisaron en el acápite anterior, previas las siguientes consideraciones que se proponen a continuación.

1. El Medio De Control Procedente.

En la demanda inicial presentada por la parte convocante, solicita “... se sirva citar a *TRAMITE ARBITRAL a la entidad EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP (...) para que una vez se desarrolle el procedimiento correspondiente, se hagan las declaraciones y condenas que se señalan más adelante...*”

Y de acuerdo con esas pretensiones, las cuales se transcriben en este Laudo en el PUNTO 2, para que se ordene el pago de una suma de dinero, la parte convocante ejerce el medio de control previsto en nuestra legislación positiva para resolver CONTROVERSIAS CONTRACTUALES, en el Artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: “Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas.” (Se subraya)

Dicho medio de control fue ejercido dentro de la oportunidad legal prevista para ello, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 164 del del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual dispone “en las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.”

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el Acta de Liquidación del Contrato en la cual se plasmó la salvedad respecto del pago al Contratista de las mayores cantidades de obra, es del 18 de diciembre de 2014 y la demanda fue presentada el 17 de

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

febrero de 2016, es decir dentro de los dos años a que se refiere la norma trascrita.

De conformidad con lo previsto en el artículo transcrito, en el sentido de que se pueden solicitar “..otras declaraciones y condenas” , en la demanda que da origen al proceso arbitral se plantea una controversia contractual y se precisa como pretensión se ordene el pago de una suma de dinero que, a juicio de la convocante, le adeuda la entidad contratante por concepto de mayores cantidad de obra ejecutadas de acuerdo con la entidad convocada y avaladas por el interventor, en la cuantía y de conformidad con el contenido del Acta de Liquidación del Contrato, en el correspondiente balance financiero.

2. La Controversia Que Debe Resolver El Tribunal.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto y en especial de la demanda y de la contestación a la misma presentada por la parte convocada, puede precisarse que la controversia que debe resolver el Tribunal de Arbitramento se refiere a establecer si la parte convocante tiene derecho a que se le reconozca el valor de la mayor cantidad de obra que las partes aceptan que fueron ejecutadas por la Unión Temporal Fruticas Chipaque IV 2010, por cuanto mientras la parte convocante reclama el pago de la suma de \$384.275.841.74 por dicho concepto, ya que está probada su ejecución de conformidad con lo pactado en el Contrato y con la intervención, aprobación y aceptación de la Interventoría, la entidad convocada al responder la demanda propone las Excepciones de: cumplimiento del contrato, pago de las sumas a su cargo y la ausencia de responsabilidad de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. Y propone una “Excepción Genérica.”. Afirma que la parte Convocante no cumplió el procedimiento previsto en el Contrato, para la ejecución de mayores cantidades de obra y para ello invoca la Cláusula Tercera del Contrato.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

2.1 Lo Que Se Encuentra Probado En El Expediente

Se encuentra probado en el expediente que:

- Entre la UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 y EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. Contrato de Obra celebrado el 21 de junio de 2010, entre EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. Y LA UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 identificado con el Número EPC-O-044, el cual obra en fotocopia, en el Cuaderno de Pruebas N°1, a folios 1 a 45.
- En el citado Contrato No EPC-O-044 del 21 de junio de 2010, en su CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA las partes precisaron lo relacionado con la SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS y la CLÁUSULA COMPROMISORIA, en los siguientes términos: "*CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y CLÁUSULA COMPROMISORIA. - Los conflictos que se sucedan dentro del desarrollo del objeto contractual se solucionarán mediante los mecanismos de conciliación y transacción establecidos por la normatividad vigente, y si estos llegaren a fracasar, a través de un tribunal de arbitramento que decidirá en derecho y estará conformado por un árbitro único. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.*"
- La cláusula tercera del Contrato dispone: "*CLASULA TERCERA: CANTIDADES DE OBRAS Y PRECIOS UNITARIOS.- EL CONTRATISTA se obliga para con EPC a ejecutar las obras objeto del presente contrato a los precios unitarios y en las cantidades aproximadas que se establecen a continuación, debiendo cumplir en la ejecución de cada ítem con lo determinado en la Norma de Construcciones Sismo Resistente (RAS 2000) y las especificaciones particulares del proyecto: (...)*

(...) PARAGRAFO PRIMERO: Las cantidades de obra consignadas en esta cláusula se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de las

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

obras, previa revisión y aprobación por la interventoría y EPC. El constructor está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten a los mismos precios de la propuesta. Todas aquellas modificaciones que llegasen a alterar el presupuesto, deberán ser aprobadas por EPC, previa solicitud, aval y soportes de la interventoría. En caso de presentarse alguna actividad adicional, los precios de los insumos que son los que, de acuerdo con los APU-Análisis de precios unitarios, entregará el Contratista para su aprobación y revisión. Para el pago final del contrato se realizará el balance de las cantidades de obras finales ejecutadas, con el fin de realizar el respectivo pago y liquidación del contrato. EL CONTRATISTA deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones, prorrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor. Si el CONTRATISTA suscribe el documento sin la manifestación anterior se entenderá que cumplirá lo acordado sin que haya lugar a pago adicional alguno o a reclamación por este concepto. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, éstas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el CONTRATISTA, siempre que la compensación no genere un mayor valor del contrato y siempre que sea posible hacerlo. Si no es posible suscribir acta de compensación de cantidades de obra porque las mayores cantidades de obras generan un mayor valor del contrato, el interventor no podrá autorizarlos sin el visto bueno del funcionario competente de EPC para ello, quien dará su visto bueno para verificación de que existía disponibilidad de recursos para cubrir el posible pago de las mayores cantidades de obra. En caso de presentarse alguna actividad adicional, para el cálculo de precio unitario de esta, se tendrá en cuenta el menor valor respectivo de los insumos (tarifas de los equipos, precios de insumos-materiales básicos y tarifas de personal) consignados entre la lista de precios de insumos y en los análisis de precios unitarios presentados por el CONTRATISTA. Las obras adiciones o complementarias, es decir, los ítems o actividades no previstas en el contrato requerirán de una modificación o adición al contrato.” (Se subraya)

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

- En el Acta de recibo final de Obra en la página 42 (folio 87 del Cuaderno de Pruebas No 1) en la columna denominada saldo por ejecutar aparece un saldo negativo por \$384.275.841.78, dicha acta está debidamente firmada por el representante legal del Contratista, por la subgerente técnica de la demandada, el supervisor y el interventor del Contrato en cuestión.
- En el Informe Final de interventoría que obra a folio 233 del Cuaderno No 1 de pruebas consta que:

"MAYORES CANTIDADES DE OBRA: Como resultado de la ejecución del contrato se realizaron mayores cantidades de obra por valor de \$384.275.841.78, los cuales exceden el valor total del contrato y su adición. El detalle de las mayores cantidades se incluye en el acta de pago final al contratista. La ejecución de estas actividades fue necesaria durante construcción de la obra e indispensable para garantizar el cumplimiento del objeto contractual, y para asegurar la estabilidad y funcionalidad de la infraestructura construida.

Se aclara que durante la vigencia del contrato se tramitó una solicitud de adición para el pago de estas mayores cantidades, sin embargo, esta gestión no fue finalmente aprobada por EPC. AL respecto se tiene concepto de la Dra. Susana Montes contratada por EPC mediante contrato EPC-PS-218-2013 donde se analiza la posibilidad de adición del contrato."

- En el Acta de Liquidación del Contrato que obra a folio 88 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 1 se pactó: *"Acuerdan las partes que respecto del valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 (\$384.275.841.78) M/CTE consignado en el informe final de Interventoría, correspondiente a mayores cantidades de obra ejecutadas y avaladas, la diferencia será plasmada en un Acuerdo entre las partes y sometida a la conocimiento y aprobación de la Procuraduría General de la Nación , para lo cual se solicitará la respectiva conciliación de manera conjunta entre las*

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

partes dentro de la semana siguiente a la suscripción de la presente Acta de Liquidación."

Todos los anteriores documentos obran en copia simple, salvo el informe final de interventoría que obra en copia auténtica, sin que hubieran sido tachados de falsos por ninguna de las partes, por lo cual el Tribunal les dará el valor que les otorga el Código General del Proceso en su artículo 246².

2.2 El Contrato Epc-O-044 De 21 De Junio De 2010.

Se trata de un Contrato de Obra celebrado entre EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. y la UNION TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV- 2010, cuyo objeto fue la construcción del Acueducto Regional Fruticas Municipios de Chipaque y Cáqueza Fase IV.

Y la primera obligación del Contratista la precisaron las partes en su Cláusula Primera titulada objeto contractual en los siguientes términos: "El Contratista se obliga a ejecutar para Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. ESP, mediante el sistema de precios unitarios fijos, sin fórmula de reajuste las obras relacionadas con la CONSTRUCCIÓN ACUEDUCTO REGIONAL FRUTICAS MUNICIPIOS DE CHIPAQUE Y CÁQUEZA FASE IV, de acuerdo con las cantidades de obra aproximadas y los precios que se pactan en la cláusula tercera del presente contrato..." (Se subraya)

En la Cláusula Tercera del Contrato se pactó lo referente a las CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS, en los términos ya transcritos al precisar lo probado en el proceso.

Las partes también precisaron en el Contrato en su CLÁUSULA SEPTIMA, las obligaciones de EPC S.A. E.S.P. así: 1. Entregar al CONTRATISTA las sumas

² **Artículo 246. Valor probatorio de las copias.**

Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

indicadas en el contrato en los plazos y términos allí previstos; 2. Ejercer la vigilancia administrativa y financiera del contrato a través de la interventoría y supervisión. Y 3. "Formular sugerencias por escrito, sobre observaciones que estime convenientes en el desarrollo del contrato..."

2.3 Obras Adicionales Y Mayores Cantidades De Obra.

En relación con las obras cuya remuneración se reclama por la parte convocante, en el curso del proceso se hace referencia, tanto por las partes, como por los testigos, a que en la ejecución del Contrato por ellas celebrado, se realizaron unas obras que en unos casos se califican de "obras adicionales" y en otros se mencionan como "mayores cantidades de obra".

Aunque en el proceso el tema, a juicio del Tribunal, no es objeto de controversia, por cuanto las partes en diferentes documentos, aportados por ellas y que obran en el expediente, han precisado que se trata de mayores cantidades de obra, el Tribunal considera pertinente hacer las siguientes precisiones:

-De conformidad con su Cláusula Tercera, en la cual se establece el OBJETO DEL CONTRATO, el Contrato EPC-O-044 de 21 de julio de 2010 celebrado entre las partes, se refiere a la construcción de las obras de Construcción del Acueducto Regional Fruticas Municipios de Chipaque y Cáqueza Fase IV, en el cual se pactó la modalidad de "Contrato de Obra a Precios Unitarios" y según "las cantidades aproximadas" que allí se establecen.

- En relación con dicho Contrato, las partes están de acuerdo en que se trata de un contrato cuya forma de pago es a precios unitarios, aplicables a las cantidades de obra que ejecute el contratista, y por ello precisan unas cantidades que son aproximadas, lo que indica que aceptan que dichas cantidades pueden disminuirse, aumentarse o suprimirse con revisión y aprobación de la interventoría y EPC S.A. E.S.P. durante su ejecución, sin que ello pueda considerarse una modificación o adición del contrato celebrado, tal como estas mismas lo acordaron en la Cláusula Tercera, Parágrafo Primero del Contrato, en los siguientes términos:

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

"Las cantidades de obra consignadas en esta cláusula se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de las obras, previa revisión y aprobación por la interventoría y EPC. El constructor está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten a los mismos precios de la propuesta..."

-Adicionalmente, a lo anterior, que contiene la expresión clara de la voluntad de las partes en relación con el objeto del Contrato celebrado y su forma de pago, en el curso del proceso está probado y así lo han reconocido, que se trata de mayores cantidades de obra y lo afirman expresamente en el Acta de Liquidación del Contrato, firmada por las partes y por el Interventor en la cual al precisar el BALANCE FINANCIERO del Contrato se incluye una partida, denominada "Valor por mayores cantidades de obra" y se precisa su valor en la suma de *"TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES, DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL, OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$384.275.841,74) M/CTE*, y más adelante, en la misma Acta de Liquidación del Contrato cuando se incluyen unas OBSERVACIONES se lee textualmente: *"Se deja constancia por las partes que en el Informe Final de Interventoría se consignó un valor correspondiente a las mayores cantidades de obra ejecutadas y avaladas por la firma Interventora CONSORCIO AGUAS DE CUNDINAMARCA 2011 por un valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES, DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL, OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS con 74/100 (\$384.275.841,74) M/CTE, diferencia que será plasmada en un Acuerdo entre las partes y sometida al conocimiento y aprobación de la Procuraduría General de la Nación..."*(Se subraya)

Y a continuación en el Punto 3 de lo acordado por las partes en dicha Acta de Liquidación del mismo, las partes precisaron que: *"Acuerdan las partes que respecto al valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES, DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL, OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS con 74/100 (\$384.275.841,74) M/CTE, consignado en el informe Final de Interventoría correspondiente a mayores cantidades de obra ejecutadas y avaladas, la diferencia será plasmada en un Acuerdo entre las partes y sometida al conocimiento y aprobación de la Procuraduría..."* (Se subraya)

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

-De acuerdo con las precisiones anteriores, las partes reconocen, expresamente, que el Contrato en cuestión por ellas celebrado es un Contrato de obra cuya remuneración se hace con los precios unitarios acordados, sobre las cantidades de obra ejecutadas y avaladas por la Interventoría, la existencia de las cuales reconocen en cuanto las cantidades iniciales incluidas en el citado Contrato, son aproximadas y durante su ejecución pueden aumentarse, tal como sucedió durante su ejecución y por ello es claro que no existe discusión sobre que las obras cuyo pago se reclama en este proceso corresponden a mayores cantidades de la obra contratada por las partes y no a obras adicionales o modificación alguna del Contrato.

-El Tribunal considera pertinente mencionar que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha precisado, de manera reiterada, que: *"En los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada consiste en que ella fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato, surgiendo así una prolongación de la prestación debida, sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual."*³

2.3.1 El Procedimiento Previsto En El Contrato Epc-O-044 De 2010 En Relación Con Las Mayores Cantidades De Obra

Precisado entonces que las partes acordaron la forma de pago de precios unitarios y aceptado por las partes que se ejecutaron mayores cantidades en la ejecución de las obras contratadas de acuerdo con los términos y naturaleza del Contrato, debe el Tribunal referirse a las previsiones contractuales sobre la materia.

Las partes lo acordaron de manera expresa en el Parágrafo Primero de la Cláusula Tercera del Contrato, el cual dice textualmente:

³ (Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Ponente: Dra. RUTH STELLA CORREA PALACIO, de treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), Radicación N°: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), Actor: PAVICON LTDA, Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

"...." *"CLAUSULA TERCERA, PARAGRAFO PRIMERO: Las cantidades de obra consignadas en esta cláusula se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de las obras previa revisión y aprobación por la Interventoría y EPC. El constructor está obligado a ejecutar las mayores cantidades de obra que resulten a los mismos precios de la propuesta. Todas aquellas modificaciones que llegasen a alterar el presupuesto, deberán ser aprobadas por EPC, previa solicitud aval y soportes de la interventoría. En caso de presentarse alguna actividad adicional, los precios de los insumos son los que, de acuerdo a los APU-Análisis de precios unitarios, entregará el contratista para su aprobación y revisión. Para el pago final del contrato se realizará balance de las cantidades de obra finales ejecutadas, con el fin de realizar el respectivo pago y liquidación del contrato. EL CONTRATISTA deberá manifestar expresamente y por escrito al momento de la suscripción de las modificaciones, adiciones, aclaraciones prórrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generan mayor valor. Si el CONTRATISTA suscribe el documento sin la manifestación anterior se entenderá que cumplirá lo acordado sin que haya lugar a pago adicional alguno o a reclamación por este concepto. En caso de presentarse mayores cantidades de obra, estas podrán compensarse mediante acta suscrita entre el interventor y el CONTRATISTA, siempre que la compensación no genere un mayor valor del contrato, el interventor no podrá autorizarlos sin el visto bueno del funcionario competente de EPC para ello, quien dará su visto bueno previa verificación de que exista disponibilidad de recursos para cubrir el posible pago de las mayores cantidades de obra. En caso de presentarse alguna actividad adicional, para el cálculo del precio unitario de ésta, se tendrá en cuenta el menor valor respectivo de los insumos (tarifas de los equipos, precios, precios de insumos-materiales básicos y tarifas de personal) consignados entre la lista de precios de insumos y en los análisis de precios unitarios presentados por el contratista. Las obras adicionales o complementarias es decir los ítems o actividades no previstas en el contrato requerirán una modificación o adición al contrato" "..."*

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Aceptado por las partes y probado en el proceso, que las obras cuyo pago se reclama son mayores cantidades de la obra pactada en cantidades aproximadas en el Contrato EPC-O-044, al cual se viene haciendo referencia, resulta aplicable lo previsto en el Parágrafo Primero de su Cláusula Tercera, el cual dispone que se podrán aumentar, disminuir o suprimir las cantidades de obra, durante su ejecución con previa revisión y aprobación por la Interventoría y EPC S.A. E.S.P.

Y aquí es en donde se ha ubicado la controversia que debe resolver el Tribunal, por cuanto aunque durante la etapa de ejecución del Contrato y en su liquidación Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. aceptaron dichas obras como mayores cantidades de obra, y así lo aceptaron también en el Acta de Liquidación del Contrato, en la contestación de la demanda y en su alegato final afirma que no se cumplió por parte del contratista el procedimiento de revisión y aprobación previa por la Interventoría y por EPC S.A. E.S.P. que prevé el Contrato para las obras adicionales.

El Tribunal considera que, de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, que se relacionaron al inicio de las consideraciones de este laudo, si se cumplió el requisito referente a las mayores cantidades de obra, toda vez que en las Actas de Entrega Parcial de Obras que fueron aportadas por el mismo Señor Apoderado de las Empresas Públicas de Cundinamarca, S.A. E.S.P. se observa que en cada una de ellas se precisan las cantidades de obra ejecutadas y por supuesto su valor y en dichas actas aparece la firma del Contratista y también la del funcionario Director Técnico de las Empresas Públicas de Cundinamarca, así como las firmas de las personas que ejercían la Interventoría, inicialmente como dependientes de la Universidad Nacional de Colombia con quien se había contratado la interventoría y luego como representantes del Consorcio Aguas de Cundinamarca 2011, con quien se contrató, al final dicha interventoría.

Considera el Tribunal que la interventoría y Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. estaban de acuerdo con las cantidades de obra allí recibidas en cuando habían sido ejecutadas por el contratista, de acuerdo con sus obligaciones contractuales, razón por la cual no es posible pretender desconocer ahora dicho reconocimiento y

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

aceptación para afirmar como se hace por parte de Empresas Públicas de Cundinamarca, S.A. E.S.P. en el proceso que no está obligada a reconocer dicha suma correspondiente a mayores cantidades de obra por cuanto en la revisión y aprobación de las mismas no actuó el representante legal de dicha entidad. Lo anterior no es posible aceptarlo, por cuanto además según el mismo texto del contrato en el aparte transcrito se refiere a la revisión y aprobación de la "Interventoría y de EPC", no exige que sean sus representantes legales y por el contrario permite que se trate de los funcionarios técnicos que conocen de cerca las obras ejecutadas como son el Director o el Subdirector Técnico de las Empresas de Públicas de Cundinamarca S.A. o el funcionario que ejerza la Interventoría de la obra.

En cuanto a las otras previsiones de la transcrita Cláusula Tercera, Parágrafo Primero del Contrato, no regulan lo relativo a mayores cantidades de obra en los términos que se ha precisado ya en este Laudo, sino se refieren a modificaciones que alteren el presupuesto, a actividades adicionales, aclaraciones, prórrogas, otrosí, actas y demás documentos que se suscriban en la ejecución del contrato, si tales modificaciones, ajustes o correcciones generen mayor valor, y menciona las mayores cantidades de obra para prever la posibilidad de su compensación, lo que no se aplicó en el presente caso, ni se probó en este proceso.

Igualmente, en el Informe Final de Interventoría y en el Acta de Entrega Final de Obra Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. a través de su funcionario competente y la Interventoría, igualmente, a través de su representante aceptaron las mayores cantidades de obra y así lo establecieron en el Acta de Liquidación del Contrato hecha de común acuerdo por las partes. Debe resaltarse que en dicha Acta de Liquidación quien acepta la ejecución de la mayor cantidad de obra, y su reconocimiento luego de una conciliación es el propio representante legal de EPC S.A. E.S.P., es decir su Gerente Suplente.

Y es que tanto la entidad contratante, como la interventoría, si no estaban de acuerdo con la ejecución y pago de las obras cuyo valor ahora se reclama, así lo han debido expresar, en primer lugar, para no aceptar las obras ejecutadas y entregadas

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

en las diferentes actas de entrega parcial de obra y en el acta de entrega final de obra. Y para ello tenían solamente que cumplir con sus obligaciones contractuales que les correspondían tanto a la Entidad Contratante, hoy convocada, como a la Interventoría del Contrato, tal como se precisa en el Acápito siguiente de este laudo. Lo que no sucedió y por el contrario aceptaron su reconocimiento, tal como ya se precisó.

2.4. Obligaciones De Empresas Públicas De Cundinamarca S.A. E.S.P.Y De La Interventoría, Según Los Contratos Celebrados.

De conformidad con lo anterior, resulta pertinente hacer referencia a cuáles son las obligaciones tanto de la entidad contratante, como de la interventoría, en los términos de los respectivos contratos firmados, en relación con la ejecución del Contrato y las mayores cantidades de obra a que se refiere la controversia en este proceso.

En efecto, en la CLAUSULA SEPTIMA del Contrato EPC-O-044 celebrado por las EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. ESP con la UNION TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010, para la construcción del Acueducto Regional Fruticas Municipios de Chipaque y Cáqueza Fase IV, se establecieron de común acuerdo, las "OBLIGACIONES DE EPC", en los siguientes términos: 1. Entregar al CONTRATISTA las sumas indicadas en el contrato en los plazos y términos allí previstos; 2. Ejercer la vigilancia administrativa técnica y financiera del contrato a través de la interventoría y supervisión; 3. Formular sugerencia por escrito sobre observaciones que estime convenientes en el desarrollo del contrato, siempre enmarcadas dentro del término del mismo, y 4. Las demás inherentes a la naturaleza del contrato.

Es decir que, si las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. no estaba de acuerdo con la ejecución de las mayores cantidades de obra a que se ha venido refiriendo este escrito, bien hubiera podido, directamente, con el Supervisor, o a través de quienes ejercían la Interventoría, vigilar debidamente la ejecución del Contrato, hacer sugerencias, proponer observaciones y hasta objetar la ejecución de

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

las mayores cantidades de obra, e improbar las entregas parciales de obra y su entrega final, sin que así conste en el proceso. Por el contrario, su Gerente y Representante Legal, en el Acta de Liquidación del Contrato, aceptó la existencia de la suma reclamada y sin ninguna salvedad acordó con el contratista que se surtiera un acuerdo conciliatorio, para su reconocimiento, es decir que aceptaba que debía dicha suma y por ello, luego de realizado el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de EPC S.A. E.S.P., propuso según se lee en el ACTA DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL 227-2015 DE 30 DE ABRIL DE 2015, surtida ante la PROCURADURÍA 5 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS, con Radicación N° 134-2015 (146421 de 30 de abril de 2015 su Apoderado ante la Señora PROCURADORA QUINTA JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS propuso que "...Por lo anterior la entidad a través de sus instancias propone y plantea una fórmula conciliatoria consistente en reconocer y pagar el valor establecido en el numeral 3° del capítulo de acuerdos del Acta de Liquidación del Contrato a que se ha venido haciendo referencia..." (Folio 130 a 132 del Cuaderno de pruebas No 1 "Acta conciliación en Procuraduría")

Por otra parte, en el CONTRATO DE INTERVENTORIA No 065 de 13 de Agosto de 2010 celebrado con la Universidad Nacional de Colombia a través de su Facultad de Artes, como un Contrato Interadministrativo de Consultoría, con el objeto de "realizar la interventoría técnica, administrativa, financiera y ambiental entre otros, del Contrato APC-O-044-2010", en la CLÁUSULA SEGUNDA al precisar el "Alcance Específico de la Consultoría" contratada, precisa como obligaciones de la Universidad Nacional de Colombia, entre otras las siguientes: "....." "3. Representar a la Empresa en todas las reuniones administrativas y técnicas requeridas para el buen funcionamiento del proyecto. 4.Armonizar y servir de enlace entre los contratistas participantes en los proyectos y la Empresa, para evitar desavenencias en los temas financiero, legal administrativo y técnico. 5. Acordar con la Empresa, medidas y acciones que deban exigirse a los contratistas. "... " 8. Informar oportunamente a la EMPRESA sobre hechos que afecten la normal ejecución del contrato. "... " 11. Ejercer el control de las actividades técnicas, administrativas financieras y ambientales de los contratistas de obra, con el fin de lograr los objetivos propuestos "... " 16. Coordinar la elaboración de los informes mensuales de avance de obra que

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

serán presentados a la EMPRESA, con los comentarios respectivos y el informe final que se entregará con la liquidación del contrato”

Más adelante, el citado Contrato en el Aparte “ALCANCE ESPECIFICO DE LA INTERVENTORÍA” establece dentro del Control Administrativo y Financiero como obligaciones de la Universidad Nacional “Realizar la SUPERVISIÓN de obra ejerciendo control técnico, ambiental, legal, administrativo y financiero, y dentro del Control técnico precisa su obligación de “Revisar las cantidades de obra de la propuesta y compararlas con las incluidas en los contratos y en caso de discrepancia, informar al contratista y a la EMPRESA para solicitar las modificaciones o ajustes que sean requeridos.” Igualmente establece como su obligación la de “Exigir el cumplimiento de la programación de obra solicitando las acciones correctivas y/o preventivas requeridas según se haga necesario. Cualquier modificación debe informarse a la EMPRESA, adjuntando la programación y el flujo de caja correspondiente. En desarrollo de ésta obligación, la interventoría deberá: “...” “Realizar el seguimiento a las actividades de obra ejecutadas”, “Ordenar la remoción y reemplazo de obra mal ejecutada o no aprobada, fijando los plazos estipulados para su corrección” y “exigir el cumplimiento de la cantidad contratada, conforme a las mediciones periódicas de los ítems ejecutados con sus respectivos registros de medición” “Solicitar al contratista los informes mensuales sobre el control realizado a la programación de obra, el flujo de caja, organigrama, frentes y cuadrillas de trabajo, inventarios de materiales y equipos, subcontratos e inversión del anticipo y demás información requerida en el contrato de obra”, y tal vez la que más interesa para este proceso la obligación de “dar visto bueno o rechazar las mayores cantidades de obra... analizando su incidencia sobre el valor de los contratos.” (Se subraya)

Durante la vigencia del Contrato-O-044 Fruticas 2010, no aparece en las pruebas allegadas al proceso, ningún documento en el cual se concrete el ejercicio de las facultades mencionadas de la Interventoría y por el contrario si obran las actas de entrega parcial de obra todas firmadas por los representantes de la interventoría lo que lleva a la conclusión que durante el tiempo en que la Universidad Nacional ejerció la Interventoría cumplió con sus obligaciones e hizo que el Contratista las

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

cumpliera sin que se hubiera cuestionado ningún aspecto en relación con las mayores cantidades de obra, ya que las obras ejecutadas durante ese lapso fueron aceptadas de conformidad con las respectivas actas que obran en el expediente.

Lo anterior le permite reiterar al Tribunal que el argumento propuesto por la Parte Convocada en el sentido de que ha debido ser el representante legal de las EPC S.A. E.S.P. quien ha debido autorizar dichas cantidades de obra cuyo valor ahora se reclama, no resulta válido, pues dicha función le corresponde durante la vigencia del contrato de interventoría mencionado, al Interventor, quien también tiene como obligación la de “mantener comunicación con la EMPRESA sobre el estado de las obras y el desarrollo de los contratos, (...) informando las determinaciones tomadas”.

El comentado Contrato de Interventoría se terminó y las Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. celebraron el Contrato de Interventoría N° 078, con el Consorcio Aguas de Cundinamarca 2011, para que este consorcio ejerciera la interventoría técnica administrativa, financiera ambiental y legal de los contratos de obra pública que se ejecutaran en los Municipios miembros del Plan Departamental de Aguas suscritos por Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P.

En el escrito de contestación de la demanda, en el cual el señor Apoderado solicitó y aportó pruebas para respaldar sus argumentos en contra de las pretensiones del Consorcio Convocante, en el Punto 2 de las Pruebas documentales, afirmó que adjuntaba “Copia simple de los contratos de interventoría que se suscitaron alrededor del Contrato EPC-O-044 de 2010.” Además, del Contrato de Interventoría 065 celebrado con la Universidad Nacional, ya comentado, aportó el Contrato de Interventoría No 078, celebrado con el Consorcio Aguas de Cundinamarca 2011, el 19 de Abril del 2011, en el cual en sus consideraciones previas al clausulado se hace referencia que es “... necesario garantizar la ejecución de actividades de seguimiento y control al desarrollo de los proyectos de Infraestructura que se vienen adelantando ...”, luego en la CLÁUSULA PRIMERA al definir el OBJETO DEL CONTRATO, y precisar cuáles son los proyectos respecto de los cuales se debe ejercer la interventoría contratada, se hace referencia a obras en Choachí, Villeta, Pacho, El Colegio,

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010

Vs

EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Nemócon, Nocaima, La Vega, Mosquera, San Francisco, Pandi, Tocaima, Arbeláez y Facatativa, pero no se hace referencia expresa a la Construcción del Acueducto Regional Fruticas Municipios de Chipaque y Cáqueza, Fase IV, que es el objeto Contrato celebrado por las partes a que se refiere proceso y de la controversia que debe resolver el Tribunal.

Lo anterior, hizo necesario que antes de proferir el laudo, el Tribunal expidiera un auto para solicitar a la parte Convocada que aportara con destino a este proceso el Contrato de Interventoría relacionado con el Contrato objeto de su pronunciamiento, siendo así que EPC S.A. E.S.P. aportó nuevamente copia simple del mismo Contrato de Interventoría No 078, celebrado con el Consorcio Aguas de Cundinamarca 2011, el 19 de Abril del 2011.

Por lo tanto, el Tribunal, decidirá con fundamento en las pruebas allegadas y decretadas al proceso, a las cuales se ha hecho referencia y son suficientes para tal efecto.

En relación con la función de Interventoría que se realizó respecto del Contrato EPC-O-0044 de 2010, para este Tribunal son suficiente prueba los documentos que se citaron en el Acápite de "Lo Probado en el Proceso", a saber, el Informe final del Interventor, el acta de entrega final de obra y la liquidación del Contrato, en los cuales aparece la firma del Ingeniero MARIO ANIBAL VITOLA DE LA ROSA como Representante Legal del Consorcio Aguas de Cundinamarca 2011, quien declaró como testigo en la etapa probatoria y reconoció dicha calidad sin que el señor Apoderado de la Parte Convocada hubiere cuestionado tal calidad del declarante, por tanto, el Tribunal le otorgará a dichos documentos el valor que les confiere la ley.

2.5 Buena Fe Y Prohibición De Ir Contra El Acto Propio

El señor Apoderado de la parte convocada en su alegato de conclusión se refiere a la Buena fe, para precisar que "Por consiguiente, la omisión o silencio en torno a las reclamaciones, reconocimientos, observaciones o salvedades por incumplimientos previos a la fecha de celebración de un contrato modificadorio adicional o una

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

suspensión tiene por efecto el finiquito de los asuntos pendientes para las partes, no siendo posible discutir posteriormente hechos anteriores (excepto por vicios en el consentimiento) toda vez que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, o sea “venite contra factum proprium non valet”, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.”

Invoca a favor de la entidad Contratante el principio de la Buena Fe, para indicar que el Contratista no dejó las salvedades necesarias para tener derecho a reclamar las mayores cantidades de obra objeto de este proceso.

Al respecto del contenido del principio de la buena fe contractual la Corte Constitucional ha expresado: *"Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de **lealtad y honestidad**, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, **hacer** o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden (...)*

El principio de la buena fe, como elemento normativo de imputación, no supone, en consecuencia, una actitud de ignorancia o creencia de no causar daño al derecho ajeno, ni implica una valoración subjetiva de la conducta o del fuero interno del sujeto. En realidad, tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual, según lo afirma la propia doctrina^{4[5]}, son una clara

^{4[5]} En relación con el punto, Ferreira Rubio sostiene: *"las consecuencias de un comportamiento contrario a lo que impone la buena fe son muy variadas; no pretendemos agotar aquí un catálogo de posibilidades, pero si diremos que las más frecuentes son: a) la privación de las ventajas de quien actúa de buena fe; b) la sanción contra la validez o eficacia del acto o negocio jurídico de que se trata, y c) el nacimiento de la obligación civil de resarcir los daños derivados de tal conducta."*

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios”⁵.

Al respecto el Tribunal considera pertinente hacer referencia la siguiente jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado: *“La posición así fijada encuentra su razón de ser en el principio de la buena fe, que implica la convicción del ciudadano, en que el acto emanado de la administración está sujeto a legalidad y por ende no tiene que prever que sea susceptible de demanda judicial o revocatoria, pues existe una legítima confianza en la actuación pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos. De acuerdo a lo anterior, tenemos que el principio de la buena fe señalado en el inciso segundo del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe”⁶*

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, le corresponde a quien alega la mala fe probarla, no obra prueba alguna en el plenario que demuestre que la parte convocante durante la ejecución contractual actuó de mala fe, todo lo contrario, el Contratista dejó la salvedad en los documentos contractuales que se enunciaron al inicio de ese capítulo, respecto de las mayores cantidades de obra que había ejecutado y el valor que le adeudaba la entidad Contratante.

La Corte Constitucional ha manifestado que: *“Para la Sala resulta claro la aplicación del principio universal “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, según el cual, nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o culpa, y por tanto, si la entidad accionada permitió que la actora realizara los pagos acogiéndose a la refinanciación de la deuda haciendo caso omiso de que existía en su contra una sentencia judicial*

⁵ Corte Constitucional, C-892 de 2002, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá, D.C., 2014. Expediente Número 25000-23-25-000-2011-00609-02(3130-13).

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

de restitución del inmueble, no puede entonces posteriormente invocar su propia culpa o negligencia”⁷

Quienes firmaron los documentos que se enunciaron al inicio de este acápite eran personas capaces, con las facultades de vincular a las entidades que representaban, con los conocimientos técnicos suficientes para determinar y entender el contenido de lo que estaban firmando. Esta actuación de la entidad convocada, de pretender desconocer su actuación contractual, contradice la teoría de los actos propios, la cual puede ser definida en los siguientes términos:

“Entre quienes han definido a la Teoría de los Actos Propios, Borda cita Enneccerus-Nipperdey, quienes afirman que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

Sobre esta definición, Borda precisa que los autores no se refieren específicamente a la Teoría de los Actos Propios sino al brocardo venire contra factum proprium, pero entiende que la definición cabe, en líneas generales, en el concepto de la mencionada teoría.

Para este autor, la Teoría de los Actos Propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”⁸.

De acuerdo con esta teoría resulta inadmisibles que alguien pretenda hacer valer un derecho que contraviene un comportamiento efectuado por ella misma con anterioridad, es decir, que tiene como pretensión dejar sin valor un acto propio para

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-332 de 1994.

⁸ Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, La Teoría de los Actos Propios, Palestra Editores S.A., Primera edición 2006, págs. 61 a 62.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010

Vs

EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

reclamar un derecho, conducta que vulnera el principio general de la buena fe, es clara la intención de las partes en los documentos que suscribieron que las mayores cantidades de obras ejecutadas por el contratista, serían reconocidos por la convocada, tan es así, que nunca se discutió en este proceso sobre su existencia o su cuantía.

Al respecto de la prohibición de ir contra los actos propios, el Consejo de Estado ha expresado:

“La liquidación final del contrato tiene como objetivo principal, que las partes definan sus cuentas, que decidan en que estado quedan después de cumplida la ejecución de aquel; que allí se decidan todas las reclamaciones a que ha dado lugar la ejecución del contrato, y por esa razón es ese el momento en que se pueden formular las reclamaciones que se consideren pertinentes. La liquidación finiquita la relación entre las partes del negocio jurídico, por ende, no puede con posterioridad demandarse reclamaciones que no hicieron en ese momento.”

Esta posición jurisprudencial encuentra respaldo así mismo, en la doctrina de los actos propios, conforme a la cual “a nadie es lícito venir contra sus propios actos” y que tiene su fundamento en el principio general de derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica (art. 83 Constitución Política). Sobre ella ha dicho el profesor JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ:

“La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, “la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos. Y la del 27 de febrero de 1981 (...) dice que "constituye un principio de Derecho Civil y de la Teoría General del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de fides que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir venire contra factum proprium: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia."⁹

Desde que se presentaron las reclamaciones contractuales por las mayores cantidades de obra ejecutadas por la UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010, la Entidad Convocada EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. no cuestionó la existencia de dichas mayores cantidades, o que las mismas no hubieran sido recibidas a satisfacción, o que el valor reclamado no correspondiera a los valores pactados en el Contrato, o que no fueran necesarias para el debido funcionamiento del Acueducto construido, razón por la cual no puede desconocer que el Contratista tiene derecho a que se le remuneren.

2.6 El Acta De Liquidación

Como se ha expresado a lo largo de este escrito, en distintos documentos contractuales las partes dejaron constancia de la ejecución, recibo a satisfacción y el valor de las mayores cantidades de obras cuyo pago se reclama con la demanda, pero debe llamar la atención el Tribunal, respecto de un documento que tiene relevancia jurídica para este Tribunal y es el Acta de Liquidación.

El Consejo de Estado en cuanto a la liquidación de los Contratos ha expresado: "*La liquidación es una operación administrativa que sobreviene a la finalización de un*

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 25 de noviembre de 1999. Expediente No. 10.873.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

*contrato, por cumplimiento del plazo anticipadamente, con el propósito de establecer, de modo definitivo, las obligaciones y derechos pecuniarias de las partes y su cuantía. La liquidación del contrato entonces, constituye su balance final o ajuste de cuentas, entre la administración contratante y el particular contratista, con miras a finiquitar de una vez por toda la relación jurídica obligacional. Siendo así, el acta de liquidación final deberá i) identificar el contrato, las partes, sus sucesores y los cesionarios si los hay; su objeto y alcance, ii) determinar el precio, su pago, amortización o modificación y oportunidades de pago, iii) señalar las actas pendientes de pago, la forma como se utilizó el anticipo y lo facturado el contratista, iv) establecer el plazo, las modificaciones de obligaciones, prórrogas, adiciones, suspensiones y reinicios y las sumas que quedan pendientes de cancelar. También en el acta las partes dan cuenta de las salvedades a que haya lugar de manera detallada y concreta”.*¹⁰

De acuerdo con lo anterior, la liquidación es el momento en el que las partes hace un ajuste final de cuentas, y en la cual se señala si quedan obligaciones pendientes de pago, por ello en reiterada jurisprudencia se ha establecido, que quien pretenda hacer una reclamación con posterioridad a la liquidación del Contrato, debe dejar la respectiva salvedad en el Acta de Liquidación: “*En relación con las salvedades que se hagan en el momento de la liquidación bilateral, las mismas deben ser concretas y específicas, es decir que deben versar sobre puntos determinados de la liquidación que no se comparten, bien porque no se incluyeron reconocimientos a los que se cree tener derecho o porque se hicieron descuentos con los que no se está de acuerdo, etc. etc., lo que significa que tal salvedad no puede ser genérica, vaga e indeterminada ni puede consistir en una frase de cajón del tipo "me reservo el derecho a reclamar por los pagos no incluidos en la presente acta", porque en tal caso resultará inadmisibles como mecanismo de habilitación para la reclamación judicial de prestaciones derivadas del contrato liquidado, en la medida en que no se concretó el motivo de inconformidad del contratista. En el presente caso, tal y como se verificó en los hechos probados, el contrato de obra pública No 198 de 1992 fue objeto de liquidación bilateral, la cual, en principio, impediría efectuar cualquier*

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO Bogotá, D.C., seis (06) de abril de dos mil once (2011) Radicación Número: 25000-23-26-000-1994-00404-01(14823)

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

reclamación en relación con este negocio jurídico, en la medida en que contiene el corte de cuentas definitivo de la ejecución contractual adelantada por las partes en virtud del referido contrato. Sin embargo, se observa que el contratista dejó expresa salvedad en el acta¹¹

Es importante volver sobre la salvedad que dejaron las partes en el Acta de Liquidación, porque no fue una salvedad solamente del Contratista, si no de las dos partes, incluida la entidad Contratante: *"Acuerdan las partes que respecto del valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 (\$384.275.841.78) M/CTE consignado en el informe final de Interventoría, correspondiente a mayores cantidades de obra ejecutadas y avaladas, la diferencia será plasmada en un Acuerdo entre las partes y sometida a la conocimiento y aprobación de la Procuraduría General de la Nación , para lo cual se solicitará la respectiva conciliación de manera conjunta entre las partes dentro de la semana siguiente a la suscripción de la presente Acta de Liquidación."*

En el Acta de Liquidación del Contrato se dejó constancia del aval, ejecución y recibo a satisfacción de las mayores cantidades de obra ejecutadas por la UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 por un valor TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74/100 (\$384.275.841.78) M/CTE.

2.7 CONCLUSIONES

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el Tribunal encuentra debidamente probado en el proceso:

- Que las obras a que se refiere la presente controversia fueron contratadas por la parte convocada con la convocante y constan sus derechos y obligaciones

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C, veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371)

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

en el Contrato de Obra N° EPC-O-044 de 2010, bajo la modalidad de precios unitarios sobre las obras aproximadas mencionadas en el mismo.

- Que las obras contratadas se ejecutaron debidamente tal como se demuestra en los documentos analizados como pruebas en diferente apartes de éste Laudo, a saber, las Actas de Entrega Parcial de Obra, las cuales se encuentran debidamente firmadas por los funcionarios de Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. ESP y los representantes de la Interventoría, en el Acta de Entrega Final de la Obra y en el Informe Final del Interventor sin que la entidad contratante hubiere hecho alguna observación o manifestado su inconformidad al respecto.
- En el Acta de Liquidación del Contrato en la cual las partes, de conformidad con la ley, precisaron todo lo relacionado con sus obligaciones contractuales incluyeron una salvedad, de común acuerdo, en relación con **la existencia de mayor cantidad de obra**, y acordaron que respecto de su reconocimiento debía tramitarse un procedimiento prejudicial de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación y su aprobación por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin que se hubiere cuestionado la ejecución de la mayor cantidad de obra realizada por el contratista, de acuerdo con lo previsto en el Contrato, en el sentido de que por ser a precios unitarios, las cantidades de obra contratadas eran aproximadas y podían aumentarse o disminuirse. Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. aceptó incluir en el Balance Financiero del Contrato dicha suma, como valor pendiente de pago, el cual coincide con la suma que ahora se reclama judicialmente.
- Empresas Públicas de Cundinamarca S.A. E.S.P. afirma que no se cumplieron los trámites previstos en el Contrato para obras adicionales, el Tribunal encuentra que, no se trata de modificación o adición del Contrato inicial, sino el reconocimiento de mayores cantidades de obra, debidamente ejecutadas y así reconocidas por la entidad contratante. En este proceso no se discutió sobre el presupuesto de obra acordado por las partes en el Contrato, en especial sobre si este tuvo posibles modificaciones, en relación con la obra

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010

Vs

EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

contratada inicialmente y la alegada “variación o modificación o adición” del Contrato que ahora invoca la entidad contratante para cuestionar el pago de unas mayores cantidades de obra, que aprobó y aceptó, y cuya ejecución no cuestionó oportunamente, sino que en el Acta de Liquidación reconoció que se debían, en la salvedad, hecha de común acuerdo, que dejaron las partes.

- Se trata entonces de una obligación, que tal como lo afirma la Señora Representante del Ministerio Público ante quien se realizó la audiencia de conciliación, la controversia se refiere al reconocimiento de una obligación clara, expresa y exigible, “... en cuanto al monto de la obligación, el tiempo, modo y lugar de pago, obligándose la entidad pública a pagar a la Unión Temporal Contratista el valor de las mayores cantidades de obra ejecutadas, toda vez que se trata de un Contrato de obra a precios unitarios fijos y la cantidad de obra en el momento de contratar constituía un monto estimado, encontrándose certificado por el Interventor la ejecución de mayores cantidades de obra por el valor conciliado.”
- De conformidad con lo debidamente probado en el curso del trámite arbitral el Tribunal ha podido establecer también, que, el reconocimiento de la suma en discusión no origina ninguna violación o desconocimiento del orden jurídico, por la modalidad del Contrato celebrado entre las partes y por el reconocimiento de sus obligaciones, en los términos de la Liquidación Final de común acuerdo, que ellas hicieron y cuyo valor desde el punto de vista ha precisado de manera reiterada el Consejo de Estado en la Jurisprudencia citada en las Consideraciones anteriores precisadas como fundamento de ésta decisión.
- Por lo tanto, en virtud del Principio de la Buena Fe, y en especial de la Prohibición de ir contra el Acto Propio, se trata de una obligación reconocida por la Entidad Demandada, respecto de mayores cantidades de obra que fueron debidamente ejecutadas recibidas y aceptadas, sin ningún cuestionamiento de su parte, no puede considerarse que cause un detrimento patrimonial al erario público.

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

- En los términos anteriores, precisa el Tribunal su decisión en el sentido de ordenar a la entidad convocada el pago de la suma que ésta reconoció a su cargo, en el Acta de Liquidación tal como está debidamente probado en el proceso.

2.8 Pronunciamiento Frente A Las Excepciones

De manera breve hará el Tribunal un análisis de las excepciones propuestas en la Contestación de la demanda:

2.8.1 Cumplimiento Del Contrato

Aduce la convocada que cumplió a cabalidad con todas las obligaciones derivadas del Contrato, sin embargo, no observa este Tribunal, que la convocante ni ante EPC S.A. E.S.P. ni en este proceso le endilgue algún incumplimiento de sus obligaciones contractuales, así como tampoco alega un desequilibrio económico del contrato, simplemente reclama el pago de unas obras que fueron avaladas, ejecutadas y recibidas a satisfacción, por lo cual esta excepción no está llamada a prosperar.

2.8.2 El Pago

No se ha probado dentro de este proceso, que la parte convocada ya haya efectuado el pago de las mayores cantidades de obra que reclama la convocante, por lo cual esta excepción tampoco está llamada a prosperar.

2.8.3 Ausencia De Responsabilidad De Empresas Públicas De Cundinamarca S.A. E.S.P.

Aduce la convocada que si existe algún tipo de responsabilidad por el no pago de las mayores cantidades de obra, es del contratista al no haber cumplido con los tratamientos contractuales necesarios para hacerse acreedor de dicho pago, y que por lo tanto la contratante no tiene responsabilidad alguna en ello, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia, el Contratista cumplió con las disposiciones contractuales para que

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

el Contrante procediera a efectuar el pago de su reclamación, por lo cual está excepción no está llamada a prosperar.

2.9 EL Valor Que Deberá Reconocer Empresas Públicas De Cundinamarca S.A. E.S.P. A La Unión Temporal Fruticas Chipaque

2.9.1 Valor De Las Mayores Cantidades De Obra

El Tribunal ordenará el pago por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. a UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74 CENTAVOS (\$384.275.841,74).

2.9.2 los intereses moratorios

El Consejo de Estado ha establecido que es necesario la reconvención judicial para la constitución en mora de una obligación:

“La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado había sostenido reiteradamente que cuando no se ha fijado un plazo convencional para el pago de las cuentas de cobro, derivadas de la ejecución parcial de obra, la Administración está en el deber de cancelarlas dentro de los treinta (30) días siguientes a su radicación, en aplicación de lo prescrito por el artículo 885 del Código de Comercio y de no hacerlo incurría en mora. No resulta apropiado interpretar que dicho artículo tiene el alcance de constituir automáticamente en mora al deudor y de contera, establecer el derecho del acreedor de exigir intereses moratorios que no constituye cosa diferente a la reclamación de perjuicios. El texto normativo transcrito (art 1608 c.c.) consagra como regla general (numeral 3) para la constitución en mora la del requerimiento judicial que el acreedor debe promover en relación con el deudor, al tiempo que establece dos eventos especiales, excepcionales a esa regla general, en los cuales la constitución en

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

mora opera de manera diferente, así: El primero de ellos ocurre por el vencimiento del plazo que ha sido estipulado desde el momento de la celebración del contrato, diez interpellat pro homine, es decir, que el deudor y el acreedor conocen desde el nacimiento de la obligación la fecha límite de su cumplimiento, pero si vencido el plazo no ha sido satisfecha por el deudor, la mora opera automáticamente, a menos que por disposición legal se exija que además del vencimiento del plazo pactado, el deudor sea requerido para que quede constituido en mora. El segundo se refiere a los casos en los cuales, por razón del contenido o naturaleza misma de la obligación se tiene que ella únicamente ha debido ser ejecutada dentro de un plazo que el deudor dejó pasar sin haberla cumplido, por lo tanto, no resulta viable hacerlo después, razón por la cual no habría lugar a requerimiento encaminado a que se cumpla tal obligación. **En el marco de este contexto normativo, resulta claro que únicamente en estos dos eventos excepcionales, previstos expresamente en la ley civil, la constitución en mora del deudor opera de manera automática por la ocurrencia del supuesto fáctico, a la vez que la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora concurren de manera simultánea; en los demás, la exigibilidad de la obligación siempre precederá a la mora en cuanto que esta última solo se dará por reconvención del acreedor, adelantada ante el juez.** Este criterio se reafirma con lo preceptuado por el artículo 1615 del Código Civil a cuyo tenor la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Como corolario de lo anterior, debe precisarse que como el artículo 885 del Código de Comercio se encuentra regulando lo pertinente a obligaciones dinerarias no sometidas a plazo, es decir, aquellas denominadas puras y simples, tal disposición estableció un término referido exclusivamente a la exigibilidad de los intereses correspondientes, esto es los de índole remuneratoria, cuestión a la cual habrá lugar un mes después de presentada la cuenta de cobro, sin que la exigibilidad de tales intereses pueda entenderse en

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

relación con los moratorios puesto que para tener derecho a estos la ley exige, como presupuesto, que el deudor se encuentre constituido en mora, mediante requerimiento judicial. Esta regulación del Estatuto Procesal (inciso 2º del artículo 90 del C. de P.C) permite tener a la notificación del auto admisorio de la demanda como el requerimiento judicial que debe ser efectuado por el acreedor y de esta manera lograr que el deudor quede constituido en mora y así resulte procedente el reclamo de los perjuicios causados por el incumplimiento de la prestación.”¹²

De acuerdo con lo anterior, para que EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. incurriera en mora, requería la reconvención judicial que se dio con la notificación del Auto Admisorio de la demanda, por lo cual el Tribunal reconocerá intereses moratorios desde la fecha de notificación del Auto Admisorio de la Demanda (la notificación por aviso en virtud de lo dispuesto por el artículo 292 del Código General del Proceso, fue recibido en la entidad el veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016), según consta en el expediente) hasta la fecha de esta providencia.

Metodología de Cálculo

- a) Las normas previstas en la Ley 80 de 1993 y el Decreto Reglamentario 679 de 1994, establecen lo siguiente sobre intereses de mora:

Numeral 8 del Artículo 4 de la Ley 80 de 1993

“sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854)

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Decreto Reglamentario 1510 de 2013

“Artículo 1º De la determinación de los intereses moratorios. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4 numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos.”

- b) **Base del cálculo**: En el siguiente cuadro se muestran los capitales base para los cálculos, las fechas de inicio y final.

Capital	Fecha inicial del cálculo	Fecha final del cálculo
384.275.842	21-7-2016	27-06-2017

- a) **Cálculo**: Con base en la metodología indicada, en el siguiente cuadro se presenta el resultado de los cálculos:

CAPITAL	ACTUALIZACIÓN IPC	INTERESES 12%	TOTAL INTERESES MORATORIOS
\$384.275.842	\$22.792.437	\$45.171.423	\$67.963.860

D. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.”*¹³

¹³ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

En materia de costas y agencias en derecho, el presente proceso se regula por el Código General del Proceso, el cual dispone en su artículo 365 lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

"Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

"2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

"3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

"4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

"5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

"6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

"7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

"8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

"9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas a cargo de la parte convocante, así:

Honorarios para el árbitro único (Sin IVA)	\$ 13.142.233.80
Honorarios para la Secretaria (Sin IVA)	\$ 6.571.116.90
Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (sin IVA)	\$ 6.571.116.90
Gastos	\$ 500.000
TOTAL (Sin IVA)	\$ 26.784.467.6

Teniendo en cuenta que el Acuerdo 1887 de 2003 establece que, en los procesos ordinarios de única instancia las agencias en derecho podrán ser hasta el quince por ciento (15%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, el Tribunal estima las agencias en derecho en la suma de \$13.000.000 (TRECE MILLONES DE PESOS)

E. EL JURAMENTO ESTIMATORIO Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 206 DEL C.G.P.

El artículo 206 del C.G.P., modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 aplicable al presente trámite arbitral, determina el deber, a cargo de quien formula una demanda referida al reconocimiento de una indemnización, compensación o al pago de frutos o mejoras, de realizar una estimación razonable de la indemnización. Así mismo establece la posibilidad de imponer una sanción en

TRIBUNAL ARBITRAL
UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

favor del Consejo Superior de la Judicatura cuando el monto estimado de los perjuicios exceda del 50% del monto probado. Dicha sanción será del 5% cuando no prosperen las pretensiones por falta de la demostración de los perjuicios.

Visto lo anterior, el Tribunal concluye que no se dan los presupuestos para aplicar las consecuencias previstas en el artículo 206 del C.G.P. y por ello no impondrá las sanciones que dicha norma contempla.

El Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias entre UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010 Vs EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P. administrando justicia por habilitación de las Partes, conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012 y en nombre de la República de Colombia,

F. RESUELVE

Primero. Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** en favor de la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010**, al pago de la suma de **TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS CON 74 CENTAVOS (\$384.275.841,74)**, suma que corresponde a las mayores cantidades de obra ejecutadas por ésta, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** y en favor de la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010**, al pago de los intereses moratorios causados sobre la suma referida en el numeral anterior de esta providencia **(\$67.963.860) SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS**, de acuerdo con las consideraciones y la liquidación hecha en la parte motiva de esta providencia.

TRIBUNAL ARBITRAL

UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV-2010
Vs
EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.

Tercero: Condenar en costas a **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** y en favor de la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010** a la suma de **VEINTISEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTE Y SIETE PESOS CON SEIS CENTAVOS (\$26.784.467.6)** sin IVA, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA S.A. E.S.P.** y en favor de la **UNIÓN TEMPORAL FRUTICAS CHIPAQUE IV 2010** la suma de **TRECE MILLONES DE PESOS (\$13.000.000)** correspondiente a las Agencias en Derecho, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución a la parte convocante de las sumas no utilizadas de la partida “Gastos”.

Sexto. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

Séptimo. Disponer que en firme esta providencia el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CONSUELO SARRIA OLCOS
Arbitro Único

SANDRA RODRÍGUEZ MORA
Secretaria